

© *Dereito* Vol. 19, n.º 2: 449-468 (2010) • ISSN 1132-9947

## LA REGULACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA EN ITALIA \*

Giovanni Maria Caruso\*\*

### SUMARIO

1. Introducción. 2. La concepción funcional de la empresa y la consolidación de la figura del ente público económico. 3. La superación del ente público económico y la afirmación del modelo societario. 4. La generalización del modelo societario y su regulación. 5. Bibliografía.

### Resumen

En Italia, paulatinamente, se abandonó el modelo del ente público económico en favor del de la sociedad anónima, para el desarrollo de actividades empresariales por parte de los poderes públicos. Paralelamente, éste segundo modelo ha comenzado a emplearse para finalidades que nada tienen que ver con las actividades empresariales. Las últimas reformas legislativas intentan encauzar este fenómeno.

**Palabras clave:** Empresa pública, sociedad pública, ente público económico, ente público.

### Abstract

In Italy, gradually, was left the economic model of the public economic entity on behalf of the public corporation, for the development of business activities by public authorities. In parallel, this second model has begun to be used for purposes that have nothing to do with the business activities. The recent legislative reforms try to harness this phenomenon.

**Keywords:** Public company, public corporate, public economic entity, public entity.

---

Recibido: 21/09/2010. Aceptado: 21/10/2010

\* El presente trabajo repropone, con esenciales referencias bibliográficas añadidas, el texto de la ponencia desarrollada en el ámbito del seminario *A empresa pública en España e en Italia* realizado en la Universidad de Santiago de Compostela con fecha 18 de junio de 2010, en el marco del proyecto de investigación “A colaboración público-privada na xestión dos servizos públicos: unha oportunidade ante a crise económica en Galicia” (INCITE202174PR).

\*\* Profesor Agregado de Derecho Administrativo en la Universidad de Canlabria

## 1. Introducción

La evolución de las instituciones jurídicas se ha caracterizado siempre por una alternancia cíclica de épocas de euforia, en ocasiones se apuesta decididamente por darles un carácter esencialmente público y en otras ocasiones por dotarlas de un carácter fundamentalmente privado<sup>1</sup>.

Ambos conceptos son fácilmente deslindables en la medida en que cada uno de ellos evoca elementos diversos.

Estas caracterizaciones reflejan los diversos tipos de intereses implicados<sup>2</sup>. En el primer caso, se trata de intereses que, en virtud de un complejo proceso de “funcionalización”, superan la perspectiva meramente individual, de tal modo que dejan de ser libremente disponibles. En el segundo supuesto, los intereses tienen un valor esencialmente individual y son siempre reconducibles a una perspectiva patrimonial; en consecuencia, estos intereses son plenamente disponibles por parte de sus respectivos titulares.

La diversa lógica funcional de ambos tipos de intereses se refleja también en el ámbito organizativo<sup>3</sup>.

En la esfera pública, la organización presenta una gran variedad, abundando los modelos especiales, dada la gran cantidad de distintos intereses presentes en este ámbito<sup>4</sup>. En consecuencia, la organización de la administración pública se caracteriza por la presencia de diferentes tipos de entes públicos, que cuentan con regulaciones propias y poco

---

<sup>1</sup> A.O. HIRSCHMAN, *Shifting involvements: Private interest and public action*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1982.

<sup>2</sup> De acuerdo con esta posición metodológica, para individuar los rasgos característicos de una determinada disciplina es necesario, en primer lugar, individuar los intereses que el legislador ha querido tutear con la misma y que constituyen «la base hacia la cual gravita y a la cual se conectan las líneas estructurales de un determinado organismo». P. PUGLIATTI, “La proprietà e le proprietà”, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 300.

<sup>3</sup> Sobre la relación entre intereses y organización, *vid.* M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, 1966, Milano, p. 113.

<sup>4</sup> F. GALGANO considera que la existencia de una disciplina especial constituye el elemento clave para individuar la naturaleza pública de un determinado organismo (“Delle persone giuridiche”, en *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, p. 249).

homogéneas<sup>5</sup>. En el ámbito privado, los intereses dirigidos a la obtención de beneficios tiende, por el contrario, a cristalizar en modelos generales que los particulares pueden utilizar libremente; el esquema emblemático de estos modelos lo constituye la sociedad.

La empresa pública constituye un híbrido en el que se mezclan elementos públicos y privados; la conmixión de ambos, que, evidentemente, responden a lógicas antitéticas, genera una prolija serie de problemas.

El estudio de la empresa pública que se va a realizar a continuación se lleva a cabo teniendo en cuenta el contexto de la regulación general de las actividades empresariales y los diferentes contextos históricos y los diversos enfoques ideológicos que, en el seno de los anteriores ha atravesado su regulación. Desde ahora es necesario destacar que, si bien la regulación de las empresas públicas durante mucho tiempo estaba en perfecta armonía con la disciplina de las sociedades mercantiles (la cual constituía su forma típica), se puede aventurar que esta correspondencia se ha roto a causa del uso impropio del instrumento societario llevado a cabo por los poderes públicos; hecho que ha generado la aparición de numerosos problemas a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a las empresas públicas<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre la inexistencia de un modelo unitario de ente público, *vid.* DE FRANCESCO, “Persone giuridiche pubbliche e loro classificazione”, en *Scritti in onore di Vacchelli*, Milano, 1938, pp. 189 y ss.; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo I*, Milano, 1950, pp. 160 y ss.; *Id.*, “Il problema dell’assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell’attuale momento”, en *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, 1974; D’ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell’ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1969, p. 14; SERRANI, *I poteri per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Catania, 1978, p. 9. La doctrina ha evidenciado la presencia de un núcleo esencial común a todas las tipologías de entes públicos y, además, ha puesto de manifiesto la presencia de elementos no homogéneos que han caracterizado su ordenación, en este sentido, *vid.* G. ROSSI, *Enti pubblici*, Milano, 1991.

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión, en el ámbito español, *vid.* Marcos ALMEIDA CERREDA, “Análisis crítico de la regulación, estructura y régimen jurídico de los entes instrumentales en la Administración autonómica gallega”, *Revista Galega de Administración Pública*, en prensa.

## 2. La concepción funcional de la empresa y la consolidación de la figura del ente público económico

La regulación de las actividades económicas en Italia ha alcanzado una sistematización propia tras el periodo fascista. Dicha sistematización deriva tanto de la lógica totalitaria del régimen que imponía un intenso control de la economía, como de la exigencia de hacer frente a la crisis económica internacional.

En este período la figura jurídico-organizativa prevalente es el ente público económico. Ésta, aunque se hallaba presente en el panorama italiano desde principios del siglo veinte<sup>7</sup>, alcanzó su completa definición en este momento, en concreto, dentro del ente encargado de la gestión de las empresas públicas italianas<sup>8</sup>.

La Ley de creación del IRI —Instituto para la reconstrucción industrial— (Real Decreto-ley del 23 de enero de 1933, n. 5) pretendía llevar

---

<sup>7</sup> El fenómeno del desarrollo de la administración a través de entes está históricamente ligado a la Ley del 4 de abril de 1912, n. 305, que instauró el INA — Instituto nacional seguros. Posteriormente aparecieron: la *Amministrazione autonoma delle Poste e dei Telegrafi* (Decreto-ley de 23 abril de 1925, n. 520); la *Azienda dei servizi telefonici di Stato* (Decreto-ley de 14 de junio de 1925 n. 884); la *Azienda di Stato delle foreste demaniali* (Decreto-ley de 17 de febrero de 1927, n. 324); la *Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato* (Decreto-ley de 8 de diciembre de 1927, n. 2258) y la *Azienda nazionale autonoma per le strade* – ANAS (Ley de 17 de mayo de 1928, n. 1094).

<sup>8</sup> Constituyen entes de gestión: el ENI – *Ente nazionale idrocarburi*, creado por la Ley del 10 de febrero de 1953, n. 136 y el EFIM – *Ente partecipazione e finanziamento industria manifatturiera*, creado por Decreto del Presidente de la República del 28 de enero de 1962. En el caso de ENEL – *Ente nazionale energia elettrica*, instaurado con la Ley del 6 de diciembre de 1962, n. 1643, se utilizó la formula del ente público económico operativo. Sobre este fenómeno, y más en general sobre los entes públicos, la producción científica italiana es amplísima. Entre las contribuciones más relevantes específicamente dedicadas al tema, *vid.* G. ROSSI, *Gli enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979; Id., “Gli enti pubblici in forma societaria”, en *Serv. pubbl. App.*, 2004; M.S. GIANNINI, “Le imprese pubbliche in Italia”, en *Riv. soc.*, 1958; V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, 1959, Padova; SOPRANO, *Per uno studio sugli enti pubblici*, Napoli, 1967; V. CERULLI IRELLI y G. MORBIDELLI, *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994. Sobre los entes de gestión, en particular, *vid.* S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962; F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965.

a cabo una «reorganización técnica, económica y financiera de las actividades industriales» para lo cual el citado ente debía proceder, en primer lugar, a la adquisición de participaciones accionariales de sociedades en crisis, en segundo lugar, al saneamiento de las mismas y, finalmente, a su devolución al mercado.

Este ente, que, en principio, tenía carácter transitorio, con la Ley del 24 de junio de 1937, n. 905, fue transformado en un organismo de carácter permanente; pasando a ser un instrumento esencial de la intervención del Estado italiano en la economía.

El art. 1 de su Estatuto establecía que el IRI tenía que llevar a cabo, empleando criterios uniformes, una gestión eficiente de las participaciones de su competencia, de acuerdo con las directrices de la política económica del régimen.

Gracias a esta figura, el Estado no entraba directamente en el capital accionarial de las sociedades, sino que aprovechaba la mediación técnica de este ente público económico. La razón por la cual se interponía el IRI entre el Estado y las sociedades participadas era que se entendía que existía una confrontación ontológica entre el concepto de Estado y el concepto de sociedad anónima: el primero se mueve en el ámbito del derecho público y sirve a los intereses generales que imperan y dominan la economía, mientras que las sociedades anónimas, regidas por el derecho privado, tienen como objeto esencial la satisfacción de intereses individuales y la persecución de fines lucrativos<sup>9</sup>.

Por otro lado, también la actividad económica privada se hallaba fuertemente publicada, como consecuencia de la vigencia de una normativa fuertemente intervencionista. Así, contemporáneamente a la creación del IRI, se aprobó la Ley de 12 de enero de 1933, n. 141, la cual sujetaba las iniciativas industriales privadas a la autorización del Gobierno.

Se comenzó, de este modo, a definir los rasgos de una «concepción funcional de la empresa», que se consolidará una década después con la codificación<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 2004, Roma - Bari, p. 162.

<sup>10</sup> Es la célebre definición de T. ASCARELLI, *Lezione di diritto commerciale - Introduzione*, Milano, 1955, p. 96. Sobre la cuestión, *vid.* también G. MINERVINI, "Contro la funzionalizzazione dell'impresa", en *Riv. dir. civ.*, pp. 626 y ss.

El Código Civil de 1942 abandona el enfoque del Código de Comercio, basado en los actos de comercio, para adoptar un sistema basado en la figura del empresario<sup>11</sup>.

Según la concepción entonces predominante, la empresa tenía que responder a una finalidad superior a la del individuo.

El artículo 2088 del Código Civil establecía la obligación de «adecuarse, en el desarrollo de la empresa, a los principios del ordenamiento corporativo y a las obligaciones derivadas de éste» y especificando que el empresario «responde frente al Estado, de conformidad con la Ley y con las normas corporativas». Además, el artículo 2595 del Código Civil, disponía que «la competencia debe desarrollarse de manera no lesiva para los intereses de la economía nacional y dentro de los límites establecidos por la Ley y por las normas corporativas».

Por otra parte, la regulación de las sociedades anónimas ha estado sometida, durante mucho tiempo, a un enfoque publicista basado en las teorías institucionalistas<sup>12</sup>.

Enfatizando el papel de la personalidad jurídica, se tendía a contraponer el socio a la sociedad: ésta última se consideraba titular de un interés

<sup>11</sup> El título II del Libro V del Código Civil, comienza con el artículo 2082 que establece que «es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada dirigida a la producción o al intercambio de bienes o servicios». El artículo 2093 del Código Civil, en el libro V, establece además que «las disposiciones de este libro se aplican a los entes públicos, unas veces de forma total y otras de forma limitada. El artículo 2201 del Código Civil establece, además, la obligación de inscripción, en el registro, de «los entes públicos que tienen como objeto exclusivo o principal el ejercicio de una actividad económica».

<sup>12</sup> La concepción institucionalista, al menos en su diseño original, se configuró a partir de la observación del desarrollo de las grandes empresas, creadas bajo la forma de sociedades anónimas. Estas empresas de grandes dimensiones, paulatinamente, se van alejando de los socios y de sus intereses particulares y se ven atraídas hacia la economía colectiva, hasta el punto de convertirse en un «sólido pilar de la conservación y de la defensa del Estado». *Vid.* sobre estas cuestiones, W. RATHENAU, “La realtà delle società per azioni” (trad. it.), en *Riv. società*, 1960, p. 944; H. GÖPPERT, “Zum Aktienrechts-Entwurf”, en *Bank-Archiv*, 1930, XXX, p. 25; F. KLEIN, *Die neuen Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, Viena, 1904, p. 59; P.G. JAEGER, *Interesse sociale*, Milano, 1972; A. MIGNOLI, “L’interesse sociale”, en *Riv. Soc.*, 1958, pp. 725 y ss.; y F. GALGANO, “Il nuovo diritto societario”, en *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, XXIX, Padova, 2003, pp. 56 y ss.

superior al de los accionistas y el socio se incorporaba dentro de un órgano de la sociedad. La consecuencia de esta posición ideológica consistía en que el socio, en el ejercicio de su derecho de voto, tenía que perseguir el interés de la sociedad y no su propio interés. En caso de no actuar de esta forma, se entendía posible recurrir a la figura “de naturaleza pública” del exceso de poder con el fin de impugnar los correspondientes acuerdos societarios<sup>13</sup>.

Junto a la disciplina general sobre las sociedades anónimas, el Código introdujo normas específicamente dirigidas a las sociedades con participación del Estado o de entes públicos (2458 – 2460 del Código Civil), y a las sociedades de interés nacional (2461 del Código Civil). Esta disciplina ha sido preterida hasta tiempos recientes.

Con la Constitución Republicana (1948), las normas corporativas fueron paulatinamente expurgadas del ordenamiento, pero el modelo del ente público económico, desarrollado durante la época fascista, siguió difundándose.

Las normas especiales que regulaban los diferentes entes públicos económicos, fueron posteriormente unificadas de forma parcial con la Ley del 22 de diciembre de 1956, n. 1589, creadora del *Ministero delle partecipazioni statali*. De acuerdo con la antedicha norma, se atribuían al Ministerio funciones de dirección y de control en relación con los entes de gestión, y a éstos últimos se les confiaba la tarea de traducir las directrices emanadas del Ministerio en actuaciones concretas en el ámbito de las sociedades subyacentes a través del ejercicio de las normales prerrogativas de socio.

Así pues, el ente público económico terminó por coincidir con la figura de la empresa pública. A éste, se le aplicaba la normativa especial en el ámbito de las relaciones con el ente territorial de referencia; mientras que, por el contrario, en los demás ámbitos, salvo algunas excepciones, se aplicaba la normativa general de la empresa establecida por el Código Civil.

---

<sup>13</sup> F. CARNELUTTI, “Eccesso di potere nelle deliberazioni di assemblea delle anonime”, en *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176; T. ASCARELLI, “Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni”, en *Riv. dir. comm.*, I, 1930, p. 735.

Finalmente, por otro lado, las sociedades en las que participan los entes públicos, por el contrario, se consideraban sujetos privados a todos los efectos, estando, por ello, sujetas a la normativa general de sociedades.

### 3. La superación del ente público económico y la afirmación del modelo societario

Durante los años noventa tuvo lugar una transformación radical del régimen de las empresas públicas. Este periodo histórico se caracterizó por el triunfo del modelo privado, debido al sistema de economía de mercado vigente, impulsado por las instituciones comunitarias y al apoyo incondicional del gobierno<sup>14</sup>.

Desde las instancias comunitarias se emanaron normas que consideraban indiferente la naturaleza pública o privada del operador económico<sup>15</sup>.

Dichas normas se basaban en el artículo 295 del Tratado CE (ahora, artículo 345 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE) que, dejando «absolutamente imprejuizado el régimen de propiedad existente en los Estados miembros», establece el principio de neutralidad en el ámbito de la propiedad de las empresas. En su acepción más amplia, la norma, no sólo reconoce a cada Estado miembro la libertad en la elección de la forma empresarial; no obstante, la misma se ha interpretado, de un modo más restringido como una mera expresión del principio de igualdad de trato entre operadores económicos públicos y privados.

Los principios implícitamente acogidos como fundamento, encuentran un desarrollo más amplio en el ámbito del Título VI (ahora Título

---

<sup>14</sup> Las razones de estas distintas aproximaciones son bien conocidas. Para un completo análisis, por todos, *vid.* N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*; G. ROSSI, “Pubblico e privato nell’economia di fine secolo”, en *Quaderni del pluralismo*, n. 1, 1995, pp. 1 y ss.

<sup>15</sup> Para profundizar sobre el tema, *vid.* CAFAGNO, *Impresa pubblica*, en M.P. CHITI y G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007. Además, sobre la potencialidad homogeneizadora del derecho administrativo europeo, *vid.* el esclarecedor trabajo de Marcos ALMEIDA CERREDA, “La contrucción del Derecho Administrativo europeo”, *Scientia Iuridica*, 2008, *in totum*.



VII del TFUE), Cap. I, Secc. I del Tratado, que, al fijar las «Reglas aplicables a las empresas», establece una disciplina dirigida a las empresas, en cuanto tales, sin realizar distinción alguna respecto a las características del sujeto propietario.

En efecto, las únicas normas que contienen una referencia expresa a la figura de la «empresa pública» son: el párrafo 1 del artículo 86 (ahora artículo 106 TFUE), que prohíbe a los Estados miembros adoptar o mantener, en relación con la misma, cualquier tipo de actitud contraria a las normas del Tratado; y el artículo 102 (ahora artículo 124 TFUE), relativo al acceso a las instituciones financieras.

Se trata de normas que, precisamente, al intentar garantizar una sustancial igualdad de trato entre los operadores económicos, pretenden evitar que las empresas públicas, en virtud de su vínculo con los poderes públicos, puedan ser objeto de un trato privilegiado.

La atención dedicada a la empresa pública es, por tanto, reveladora de una actitud de cautela hacia un fenómeno que, al menos potencialmente, puede incidir sobre la dinámica del mercado. Por este motivo, las únicas diferencias permitidas en la regulación de las empresas, no se justifican desde el punto de vista de la propiedad pública o privada de las mismas sino que se basan en la intención de evitar eventuales prejuicios a las funciones de interés económico general que pueden tener atribuidas las empresas públicas.

El enfoque comunitario del fenómeno de la empresa públicas y las masivas operaciones de liberalización puestas en marcha a continuación, tras la apertura a la competencia de importantes sectores de la economía y el progresivo retraimiento de su gestión directa por el Estado, dio lugar a que se advirtiese la necesidad de una regulación que pudiese asegurar que el abandono del papel de “Estado-gestor” no conllevara la consolidación de monopolios privados.

A través de la regulación de la competencia, disciplinada por la Ley del 10 de octubre de 1990, n. 287, se imponen una serie de obligaciones y límites que afectan indistintamente a la empresa pública y a la privada; al frente del sistema se coloca a la “Autoridad garante de la competencia y del mercado”. De este modo, cobra consistencia el modelo de las autoridades administrativas independientes que, en poco tiempo, comen-

zaron a desarrollarse en multitud de ámbitos sectoriales de intervención administrativa en la economía, antes de competencia exclusiva de las empresas públicas<sup>16</sup>.

Paulatinamente la empresa pública, aunque de modo formal se halla sujeta a la misma disciplina que la empresa privada, empieza a ser vista cada vez con mayor sospecha.

Por ello, se dicta una detallada regulación sobre la transparencia de relaciones financieras entre el Estado y sus empresas, las cuales, dada su peculiar posición, pueden verse favorecidas a la hora de obtener subvenciones públicas. Además, el derecho comunitario impone al Estado la obligación de respetar las mismas reglas de comportamiento que cualquier otro inversor en el mercado.

Al mismo tiempo, con el objetivo de potenciar la competencia en sectores que se habían caracterizado por una fuerte intervención estatal<sup>17</sup>, se adoptaron técnicas de regulación asimétrica dirigidas a limitar la capacidad de incidir en el mercado de los antiguos monopolios estatales<sup>18</sup>.

En virtud del proceso paralelo de privatización que ha acompañado la liberalización de numerosas actividades económicas<sup>19</sup>, el modelo

---

<sup>16</sup> Un ejemplo es el caso de la Autoridad para la energía eléctrica y el gas, creada por la Ley de 14 de noviembre de 1995, n. 481, o el de la Autoridad garante de las comunicaciones, creada por la Ley de 31 de julio de 1997, n. 249.

<sup>17</sup> Para contextualizar este tema, *vid.* José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Aproximación jurídica al concepto de intervencionismo económico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 3, 1974.

<sup>18</sup> Sobre este aspecto, *vid.* por ejemplo, el artículo 8 del Decreto legislativo de 16 de marzo de 1999, n. 79, el cual, estableciendo que, a partir del 1 de enero de 2003, ningún sujeto podría producir o importar más del 50% del total de energía eléctrica producida o importada por Italia, impuso un importante plan de desinversión a ENEL.

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión *vid.*: José Manuel DÍAZ LEMA, “La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 282, 2000 y “La liberalización de las redes europeas de gas y electricidad (un estudio de las directivas comunitarias 2003/54 y 2003/55)” en *Derecho de la energía*, Miriam SANTOS RECH, Fernando CAMEO BEL (coords.), La Ley, Madrid, 2006 y Antonio Candido MACEDO DE OLIVEIRA, “Empresas Municipais e Intermunicipais: entre o público e o privado”, *Os caminhos da privatização da Administração pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

del ente público económico ha sido totalmente suplantado por el de las sociedades mercantiles con participación pública que, de este modo, pasan a encarnar el nuevo modelo de empresa pública<sup>20</sup>.

Como consecuencia de este proceso de privatización que, en la mayor parte de las ocasiones ha sido puramente formal; así la regulación especial prevista para los entes públicos económicos se pasó a aplicar también a las nuevas sociedades, de modo que se reprodujo el fenómeno de los entes con un estatuto jurídico singular que se había desarrollado a partir de la época fascista<sup>21</sup>. De este modo, la uniformidad del Código Civil, que hasta entonces había caracterizado la disciplina de las sociedades anónimas, desapareció.

De hecho, el legislador no considera posible utilizar, para finalidades públicas, el instrumento societario tal cual, y por eso lo ajusta alterando diversos aspectos de su estructura organizativa<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Resultan de la privatización dispuesta *ex lege* de preexistentes entes públicos, por ejemplo: Acquedotto Pugliese S.p.A.; Anas S.p.A.; Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.; Cinecittà Holding S.p.A.; Enel S.p.A.; Eni S.p.A.; Eur S.p.A.; Ferrovie dello Stato S.p.A.; Istituto della Enciclopedia Italiana fundada por Giovanni Treccani S.p.A.; Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. o Poste Italiane S.p.A. Más compleja es la situación relativa a RAI —Radio televisione italiana— S.p.A. — Sobre este fenómeno, *vid.* M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica (il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali)*, Torino, 1997; G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica*, Milano, 2009; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, *vid.*: el artículo 1 apartado 4 del Decreto-ley de 5 diciembre de 1991, n. 386 convertido en la Ley del 29 de enero de 1992, n.35; el apartado 7 del mismo artículo; el apartado 8 de la misma disposición; el artículo 1 de 14 de agosto de 1992, n. 365; el artículo 15, apartado 3 del Decreto-ley de 11 de julio de 1992, n. 333 convertido en la Ley de 8 de agosto de 1992, n. 352; el artículo 2, apartado 2 Decreto-ley de 31 de mayo de 1994, n. 332, convertido en la Ley de 30 de julio de 1994, n. 474; el artículo 3, apartado I, Ley Cit.; el artículo 4, Ley Cit. Sobre este fenómeno, *vid.* C. IBBA, *Gli statuti singolari*, en G.E. COLOMBO y G.B. PORTALE (coords.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992, VII, 526 ss.; M. RENNA, *op. cit.*; F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, en el *Trattato di diritto commerciale* dirigido por V. BUONOCORE, Torino, 2009.

<sup>22</sup> *Cfr.* G. OPPO, "Diritto privato e interessi pubblici", en *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, 43.

Existen dos grandes modelos normativos bajo los cuales pueden actuar las diferentes sociedades públicas, por un lado, la disciplina específica contenida en leyes especiales y, por otro lado, la regulación general establecida en el Código Civil, artículos 2458 y siguientes.

La coexistencia de múltiples esquemas normativos ha generado numerosas dudas sobre la disciplina aplicable a cada concreta sociedad pública, este hecho ha permitido a estos organismos valerse, tanto del derecho público como del derecho privado, según su conveniencia; así, aprovechando su naturaleza híbrida, estas estructuras societarias han, *de facto*, gozado de las ventajas derivadas de su carácter público y de la flexibilidad propia de la regulación de naturaleza privada.

Las primeras reacciones legislativas han sido bastante tímidas; por ello la jurisprudencia ha tenido que intervenir para encauzar el recurso a esta fórmula organizativa.

En este sentido, hay que destacar la posición del Tribunal Constitucional respecto del control del Tribunal de Cuentas sobre la gestión financiera de las sociedades resultantes de la privatización de los entes públicos económicos. La Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de diciembre de 1993, n. 466, estableció como principio que el mero cambio de forma jurídica no es suficiente para excluir el control del Tribunal de Cuentas.

Así, se abrió paso un enfoque de carácter substantivo, que se ha visto apoyado decididamente por el derecho comunitario.

#### 4. La generalización del modelo societario y su regulación

El legislador italiano, a la vista de la “positiva” experiencia de la transformación de entes públicos económicos en sociedades comenzó a emplear el instrumento societario, no sólo para la realización de actividades estrictamente empresariales en el ámbito del sector público, sino también para el desempeño de actividades complementarias de las funciones que corresponden a los poderes públicos.

Paulatinamente, se procedió a la creación *ex novo* de un gran número de sociedades anónimas dependientes del sector público<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Han sido creadas por expresas disposiciones legales: Agecontrol S.p.A. (artículo 18, apartado 9, Decreto-ley 701/1986); Agenzia nazionale per l'attrazione degli investi-

Hay que subrayar que las diferentes normas de creación de estas sociedades anónimas dependientes del sector público, han limitado fuertemente la autonomía privada, inherente a la forma societaria. De esta forma se ha sustraído, por ejemplo, a los socios la capacidad de decidir sobre: la continuidad del ente social; la composición y organización de la sociedad; la selección, asignación y retribución del personal, etc.<sup>24</sup>.

Se debe destacar que el número de sociedades destinadas a desarrollar actividades diferentes a las puramente empresariales es cada vez mayor<sup>25</sup>. Sin ninguna pretensión de exhaustividad, sólo a nivel estatal, se pueden indicar los casos de: *Acquirente unico* S.p.A.; *Agecontrol* S.p.A.; *Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo dell'impresa* S.p.A.; *Anas* S.p.A.; *Arcus* S.p.A.; *Cinecittà Holding* S.p.A.; *Coni Servizi* S.p.A.; *Consap* S.p.A.; *Consip* S.p.A.; *Enav* S.p.A.; *Gestore del mercato* S.p.A.; *Gestore dei servizi elettrici* S.p.A.; *Italia Lavoro* S.p.A.; *Patrimonio dello Stato* S.p.A. y *Terna* S.p.A.

La existencia de sociedades anónimas en el sector público, que ha sido durante mucho tiempo justificada por exigencias de mayor eficiencia y

---

menti e lo sviluppo dell'impresa S.p.A. (artículo 1, Decreto-legislativo. n. 1/1999); *Arcus* S.p.A. (artículo 10 de la Ley n. 352/1997); *Coni Servizi* S.p.A. (artículo 8, apartado 2, Decreto-ley 138/2002); *Consip* S.p.A. (artículo 1 Decreto legislativo 414/1997); *Equitalia* S.p.A. (artículo 3, Decreto-ley 203/2005); *Patrimonio dello Stato* S.p.A. (artículo 7, Decreto-ley n. 63/2002); *Simest* S.p.A. (artículo 1, apartado 1, Ley n. 100/1990); *Italia Lavoro* S.p.A. (artículo 5, apartado 1, Decreto-ley n. 149/1993) e le società del comparto energetico, *Terna* S.p.A.; *Gestore dei servizi elettrici* S.p.A.; *Acquirente unico* S.p.A.; *Gestore del mercato* S.p.A. e *Sogin* S.p.A. (Decreto legislativo 79/1999 y Ley 239/2004).

<sup>24</sup> Vid.: C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992; G. ROSSI, *op. ult. cit.*; ID., *op. cit.*, 2004, pp. 221 y ss.; G. GRUNER, *op. cit.*; M. RENNA, *op. cit.*; M. CAMMELLI y M. DUGATO (coord.), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Milano, 2008; P. PIZZA, *op. cit.*; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.

<sup>25</sup> Hablan expresamente de «sociedades - no empresas»: M. DUGATO, "Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica", en *Dir. Amm.*, 2004, pp. 575 y ss. y, aunque con matices diferentes, G. ROSSI, "Le gradazioni della natura pubblica", en *www.astrid-online.it*; G. GRUNER, *op. cit.*, pp. 147 y ss.; G. NAPOLITANO, "Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie", en *Riv. delle società*, 2006, pp. 1000 y ss.

elasticidad del modelo, en realidad ha sido preferida, la mayor parte de las veces, por permitir eludir los límites del Derecho público<sup>26</sup>.

No obstante, en esta ocasión, la reacción del ordenamiento, animada una vez más por la jurisprudencia, ha sido más efectiva.

La jurisprudencia de la Corte de Casación ha sido responsable de un significativo cambio en materia de responsabilidad administrativa de los administradores y empleados de los entes públicos económicos y sociedades públicas. De acuerdo con la doctrina tradicional, formulada en la sentencia de la Corte de Casación de 2 de marzo de 1982, n. 1282, el Tribunal de Cuentas no era competente para controlar la actividad de los entes públicos económicos, debido al carácter empresarial de la actividad que desarrollaban. La Sentencia de 22 de diciembre de 2003, n. 19667, sobre entes públicos económicos, procede a una reformulación de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con la que, éste siempre va a ser competente cuando se trate de controlar recursos públicos, independientemente de la forma jurídica del ente que los gestione<sup>27</sup>. Posteriormente, esta posición ha sido asumida por la Corte de Casación en su sentencia del 26 de febrero de 2004, n. 3899<sup>28</sup>.

A partir de este momento, la acción de contención del fenómeno, aunque tardía y, a veces, contradictoria, se va a realizar por vía legislativa.

En primer lugar, la Ley de 27 de diciembre de 2006, n. 296 (Ley de presupuestos para el 2007), aunque se centró prevalentemente en las sociedades de los entes locales, ha acabado por regular numerosos aspectos relacionados con la configuración de todas las sociedades públicas.

---

<sup>26</sup> Sobre la huida del Derecho administrativo español, *vid.* Eva DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996, pp. 25 y ss.; y Silvia DEL SAZ CORDERO, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones: aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, n. 133, 1994, pp. 57 y ss.

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión *vid.* Diana SANTIAGO IGLESIAS, *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel, Madrid, 2010.

<sup>28</sup> Sobre este punto *vid.* G. ROSSI, “Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità”, en *Serv. pubb. app.*, n. 2, 2006, número monográfico dedicado al tema, en el que aparecen numerosas contribuciones al respecto.

Gran parte de sus disposiciones imponen únicamente obligaciones de transparencia, dirigidas a llenar el déficit informativo que, sobre todo a nivel local, había caracterizado este fenómeno. En esta misma norma se contienen también numerosas disposiciones que introducen límites más estrictos a la actuación de las mismas que inciden, por ejemplo, en el número de administradores o que les imponen “techos retributivos” y requisitos particulares para el acceso a tal cargo.

En segundo lugar, la Ley de 24 de diciembre de 2007, n. 244 (Ley de presupuestos para el 2008), además de contener un tímido intento de racionalizar la regulación de estos entes, destaca, sobre todo, por su intento de restringir el uso del instrumento societario.

En tercer lugar, la Ley de 28 de febrero de 2008, n. 31 de conversión del Decreto-ley de 31 de diciembre de 2007, n. 248 (llamado “*Decreto mille proroghe*”), introdujo una primera regulación del fenómeno de la responsabilidad administrativa para las sociedades mayoritariamente públicas no cotizadas.

En cuarto lugar, el Decreto-ley de 3 de junio de 2008, n.97, convertido en Ley de 2 de agosto de 2008, n.129, modificó la disciplina ya establecida por la Ley de presupuestos de 2007. A dicha normativa se añadió el Decreto-ley de 25 de junio de 2008, n. 112 (la llamada “*manovra estiva*”), convertida, con modificaciones, en la Ley de 6 de agosto de 2008, n. 133, que disciplinó la contratación de personal por estos entes.

En cuarto lugar, la Ley de 18 de junio de 2009, n. 69, incidió en numerosos aspectos, parcialmente ya afrontados por anteriores intervenciones. Así se modificó la regulación relativa al número de administradores, a su nombramiento y su retribución, al tratamiento económico de los empleados y de los directivos.

En quinto lugar, el Decreto-ley de 1 de julio de 2009, n. 78 (denominado “decreto anticrisis”), convertido en la Ley de 3 agosto de 2009, n. 102 modificó, nuevamente: la regulación de la contratación del personal; restringió las posibilidades de adquirir participaciones en sociedades públicas; fijó el alcance del control del Tribunal de Cuentas; introdujo límites empleo de recursos financieros y limitó de hecho las posibilidades de dirección y coordinación de la sociedad, previstas en los artículos 2497 y siguientes del Código Civil.

En sexto lugar, la última intervención normativa en esta materia se ha llevado a cabo con el Decreto Ley de 31 de mayo de 2010, n. 78 (el llamado “decreto anticrisis”), luego convertido en la Ley de 20 de julio de 2010, n. 122.

Esta última norma índice en aspectos que, de varias maneras, habían sido tratados por regulaciones anteriores, caracterizándose por la introducción de nuevos límites. Sus disposiciones inciden, fundamentalmente sobre: la existencia de la sociedad; la posibilidad de realizar aumentos de capital, contratación de créditos o garantías; la regulación de la distribución de los dividendos; el número de componentes de los órganos sociales; la retribución de los componentes de los órganos sociales; la contratación y la retribución del personal; la designación de los cargos directivos; los recursos que se pueden destinar a consultorías, relaciones públicas y patrocinios.

En pocos años, este sector prácticamente olvidado, ha sido objeto de una intensa intervención normativa que ha regulado la práctica totalidad de los aspectos de la vida societaria<sup>29</sup>.

Estas intervenciones se han llevado a cabo de modo asistemático y poco coherente, a través de reformas parciales incluidas en leyes presupuestarias o en Decretos-leyes. Como consecuencia de esta equivocada técnica legislativa, si se examina la regulación resultante de modo global, se encuentran numerosas antinomias, lagunas e incoherencias.

Sería, por ello, deseable realizar una regulación unitaria y homogénea de este fenómeno<sup>30</sup>.

## 5. Bibliografía

ALMEIDA CERREDA, “La construcción del Derecho Administrativo europeo”, *Scientia Iuridica*, 2008.

<sup>29</sup> Vid. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p. 314.

<sup>30</sup> Evidentemente, esto implica que, en un primer momento, la doctrina lleve a cabo una indispensable labor de individuación de los principios jurídicos que han de inspirar esta disciplina. Sobre el papel transcendental de los principios en el ámbito del derecho, en particular del administrativo, *vid.* la esclarecedora obra de Marcos ALMEIDA CERREDA, “El principio de primacía de la voluntad municipal”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 284, 2000, pp. 821 y ss.



- “El principio de primacía de la voluntad municipal”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 284, 2000.
- “Análisis crítico de la regulación, estructura y régimen jurídico de los entes instrumentales en la Administración autonómica gallega”, *Revista Galega de Administración Pública*, en prensa.
- ASCARELLI, “Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni”, *Riv. dir. comm.*, I, 1930.
- *Lezione di diritto commerciale - Introduzione*, Milano, 1955.
- CAFAGNO, “Impresa pubblica”, M.P. CHITI y G. GRECO (coords.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.
- CAMMELLI y DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Milano, 2008.
- CARNELUTTI, “Eccesso di potere nelle deliberazioni di assemblea delle anonime”, *Riv. dir. comm.*, 1926.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Aproximación jurídica al concepto de intervencionismo económico”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 3, 1974.
- CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962.
- CERULLI IRELLI y MORBIDELLI, *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994.
- D’ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell’ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1969.
- DE FRANCESCO, “Persone giuridiche pubbliche e loro classificazione”, *Scritti in onore di Vacchelli*, Milano, 1938.
- DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000.
- DEL SAZ CORDERO, “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones: aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, n. 133, 1994.
- DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DÍAZ LEMA, “La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 282, 2000.

- “La liberalización de las redes europeas de gas y electricidad (un estudio de las directivas comunitarias 2003/54 y 2003/55)”, Miriam SANTOS RECH y Fernando CAMEO BEL (coords.), *Derecho de la energía*, La Ley, Madrid, 2006.
- DUGATO, “Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica”, *Dir. Amm.*, 2004.
- GALGANO, “Delle persone giuridiche”, *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969.
- “Il nuovo diritto societario”, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, XXIX, Padova, 2003.
- GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo I*, Milano, 1950.
- “Le imprese pubbliche in Italia”, *Riv. soc.*, 1958
- GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.
- GÖPPERT, “Zum Aktienrechts-Entwurf”, *Bank-Archiv.*, 1930.
- GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica*, Milano, 2009.
- HIRSCHMAN, *Shifting involvements: Private interest and public action*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1982.
- IBBA, “Gli statuti singolari”, G.E. COLOMBO y G.B. PORTALE (coords.), *Trattato delle società per azioni*, Torino, VII, 1992.
- *Le società “legali”*, Torino, 1992.
- ID., “Il problema dell’assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell’attuale momento”, *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, 1974.
- “Gli enti pubblici in forma societaria”, *Serv. pubbl app.*, 2004.
- IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma - Bari, 2004.
- JAEGER, *Interesse sociale*, Milano, 1972.
- KLEIN, *Die neuen Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, Vienna, 1904.
- MACEDO DE OLIVEIRA, “Empresas Municipais e Intermunicipais: entre o público e o privado”, *Os caminhos da privatização da Administração pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996.
- MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965.
- MIGNOLI, “L’interesse sociale”, *Riv. soc.*, 1958.
- MINERVINI, “Contro la funzionalizzazione dell’impresa”, *Riv. dir. civ.*, 1958.
- NAPOLITANO, “Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie”, *Riv. delle società*, 2006.
- NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.
- OPPO, “Privato e interessi pubblici”, *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 43, 2000.
- OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959.
- PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.
- PUGLIATTI, “La proprietà e le proprietà”, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.
- RATHENAU, “La realtà delle società per azioni” (trad. it.), *Riv. società*, 1960.
- RENNÀ, *Le società per azioni in mano pubblica (il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali)*, Torino, 1997.
- ROSSI, *Gli enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979.
- *Enti pubblici*, Milano, 1991.
- “Pubblico e privato nell’economia di fine secolo”, *Quaderni del pluralismo*, n. 1, 1995.
- “Le gradazioni della natura pubblica”. *www.astrid-online.it*
- “Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità”, *Serv. pubb. app.*, 2, 2006.
- SANTIAGO IGLESIAS, *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Iustel, Madrid, 2010.

SANTONASTASO, “Le società di diritto speciale”, V. BUONOCORE (coord.), *Trattato di diritto commerciale* diretto, Torino, 2009.

SERRANI, *I poteri per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Catania, 1978.

SOPRANO, *Per uno studio sugli enti pubblici*, Napoli, 1967.